14 4263

Nihil desperandum Christo Duce, & auspice Maria.



POR EL CONVENTO Y MONIAS DE N. SEÑORA DE LA ENCARNACION de la ciudad de Alcala la Real.

CONTRA

DON ALONSO DE ARANDA Cañete, vezino de la dicha ciudad.

En Granada lo imprimió Iuan Serrano de Vargas, en la calle de Abenamar, Año de 1631.

1 STE pleyto eſtà viſto ſobre confirmar, o reuocar la ſentencia del inferior.

2 ¶ El Conuẽto pretende, que ſe ha de reuocar, y condenar a don Alonſo, y a los demás poſſeedores que ſucedieren en los bienes del fideicomiſſo que inſtituyò doña Maria Serrano, a que perpetuamente en cada vn año ſe den, y paguen cien fanegas de trigo, con que por clauſula de ſu teſtamento, grauó doña Leonor a todos los nombrados, para la ſuceſsion del dicho fideicomiſſo.

3 ¶ Don Alonſo pide, y pretende todo lo contrario.

4 ¶ Toda la dificultad deſte pleyto, ſe cifra, en ver ſi doña Leonor pudo imponer a los ſuceſſores q̃ nombrò en la clauſula de ſu teſtamento, el dicho grauamen, y en los bienes del dicho fideicomiſſo. Y aſsi con la breuedad poſsible ſe fundara por dos medios, que pudo.

5 ¶ El primero, por auerle dado doña Maria Serrano libre facultad, de diſponer de los bienes de que inſtituyó el fideicomiſſo.

6 ¶ El ſegundo, por auerſe muerto viuiendo doña Leonor, todos los expreſſamente llamados por doña Maria a la ſuceſsion del dicho fideicomiſſo.

7 ¶ Las clauſulas de los teſtamẽtos de doña Maria, y doña Leonor, no ſe ponen a la letra por ſer muy dilatadas, y prolixas, y ſolo ſe referiran en el diſcurſo deſte papel los §§. y periodos, que fueren neceſſarios para fundar la juſticia del Conuento, remitiendonos en lo demas a las que tiene dadas el Relator.

PRIMERO MEDIO, CON QVE SE prueua auer dado doña Maria libre facultad de enagenar los bienes del fideicomiſſo a doña Leonor.

8 ¶ Deſpues de auer hecho algunos llamamientos, y ſubſtituciones, doña Maria, y de auer impueſto

la carga de dos Missas, y de dar quatro hachas de cera blanca para el Santissimo todos los años perpetuamente, y de auer prohibido la enagenació de los bienes del fideicomisso; prosigue la clausula diziẽdo: *E demas de lo expressado declaro, que si antes de la muerte de la dicha señora doña* Leonor *muriere la dicha señora doña Maria, que la dicha señora doña Leonor pueda hazer y disponer de los dichos bienes, por el orden que le pareciere sin que en ello nadie le ponga impedimento, ni embargo alguno, porque esta es mi voluntad.*

9 ¶ Por estas palabras discurriremos mostrãdo con precisa euidencia, como por ellas la testadora quiso concederle absoluta, y libre facultad de enagenar, y disponer de los bienes deste fideicomisso a doña Leonor, haziendo algunas consideraciones que lo persuadan.

10 ¶ La primera, que haze manifiesta la voluntad de la fundadora, contra don Alonso de Aranda, es hallar puesto en esta clausula el verbo: *Pueda*, Latinè *Possit*, denotat enim facultatem ac voluntatem liberam, *l. sæpé cum ibi notatis, ff. de officio Præsidis, l. 1. C. quomodo & quando iud. glos. verbo possit, in cap. statutũ de rescript. ex* pluribus Barbosa, *de dictionibus, dictione 226. nu. 1.*

11 ¶ La segunda consideracion en que se reconoce la misma volũtad, resulta de auer vsado la testadora del verbo; *Disponere*, inquit enim, *que pueda hazer, y disponer*, el qual significa, y comprehende enagenacion, assi la que se puede hazer entre viuos, como en vltima voluntad, *§. vlt. instit. quibus alien. lic. vel nõ §. disponat, in auth. de nupt. l. vlt. C. de curat. furio. l. de creationibus circa medium, C. de Episcop. audien.* Alex. *in rub. ff. solut. matr. num. 16. & ibidem alij*, Alciat. *respons. 778. incipit supra notata, num. 2.* Vicent. Fusar. *de substitutionib. q. 549. num. 1. ad med.* versi. *Ratio est.*

12 ¶ De modo, que con auer dicho doña Maria, que pudiesse doña Leonor disponer de los bienes del fideicomisso, le cõcedio facultad de enagenarlos, y de disponer dellos, o entreviuos, o por vltima volũtad, vt in specie post Ripam, *in rubr. ff. de solut. matri. num. 16.* Ias. *consi. 130. col. 3.* versi. *Item pro ista, lib. 4.*

Pa-

Parif. Hieron. Gabr. Decian. Surd. Peregr. Rebuf. Simon de Pret. Caualc. Cesar Barz. traddit Vicent. Fufa. *vbi proximè, nume. 12. in princ.* eleganter in terminis Menoch. *consi. 1006. num. 32.* vbi subdit formaliter: *Quo ad primum, dicimus, prædictam testatricem dedisse facultatem disponendi, tam inter viuos, quàm in vltima voluntate. Ita sane in specie similis licentiæ, & facultatis disponendi toncaßæ a testatore hæredi grauato onere fideicommißi. Responderunt Socin. sen. in consil. 123. col. pen. lib. 3. & consi. 31. nu. 11. lib. 4. Ruin. cõs. 112. numer. 10. libr. 2. Paris. in consil. 71. numer. 61. libr. 3. huius traditionis ea est ratio, quia verbum:* Disponat, *cõprehendit vtramque speciem alienationis inter viuos scilicet, & in vltima voluntate, §. vltim. inst. quib. alien. lic. vel non, &c.*

13 ¶ Neque interst, que la testadora no dixo q̃ pudiesse doña Leonor libremente disponer, porque con auerle concedido simplicitér, licencia de disponer, aunque fuesse absque dictione *liberè*, in effectu, es lo mismo que si por expressas palabras vuiera dicho, que le daua plena, y libre disposicion, iuris enim censura non constituitur aliqua differentia inter concessionem simplicis facultatis disponendi, ac inter cõcesionem libere, & absolutæ potestatis disponẽdi, text. est *in §. vlt. instit. quibus alien. lic. vel non, & in §. nobis ergo, vbi notat* Angel. *in auth. de restitut.* Socin. *in l. Marcellus, §. res, col. vlt. versi. Tertia ratio, ff. ad Trebell. & consi. 123. nu. 3. vol. 3.* Beroi. *consi. 93. nu. 24. & consi. 133. nu. 3. vol. 2.* Natta, *consi. 530. nu. 7. & 9.* Surd. *consi. 10. nu. 29.* Steph. Grat. post Ancharr. Corneum, & Decian. 2. *tom. discept. forens. c. 216. n. 16.*

14 ¶ Y quando no corriera con plena seguridad esta conclusion, para no dexar duda enel caso la testadora, ya que no puso la palabra *libremente*, vsó de otras que essencialmente son vna misma cosa, y obrã el mismo efeto, videlicet: *Sin que en ello nadie le ponga impedimento, ni embargo alguno:* porque es principio llano en derecho, ser lo mismo el dar a vno potestad para hazer algun acto libremente, que darsela para q̃ sin contradiciõ, ni embargo, lo pueda hazer, & enim

 dictio

dictio, *liberè*, essentialiter nil aliud significat, quam absque impedimento, & cõtradictione posse aliquid fieri, *Clement. fin. de ætat. & qualit. glos. in cap. 1. verbo, liberé, cum ibi not. de regul. iur. in 6.* Tiraquel. *in l. si vnquam, C. de reuocand. donat. verbo, reuertatur, num.* 134. Ias. *in l. 1. col. 1. C. de sacrosanct. Eccles.* Cald. Perei. *de renouat. emphyt. quæst.* 8. *num.* 12. Surd. *cons.* 143. *num.* 23. *& decis.* 272. *num.* 14. & post innumeros Barbos. *de dictionib. dict.* 164. *num.* 3. De manera, que en el cõcepto de las glossas y Doctores, son conuertibles la diccion, *liberé*, y la palabra, *sine contradictione, vel impedimento.* ¶ Vnde auiẽdo dicho la testadora, que pudiesse disponer doña Leonor de los bienes, sin que nadie le pusiesse impedimento, ni embargo, fue como si dixera, que doña Leonor pudiesse disponer libremente de los dichos bienes.

15 ¶ Accedit in corroborationem, quod in simili tradit Mier. 1. *par. quæst.* 1. *num.* 71. *& seqq.* donde explicando otras palabras (que simbolizan con las nuestras) de la *l. 6. tit. 17. par. 4.* que dispone, *que los hijos de familias puedan hazer de los bienes castrenses lo que quisieren, sin que se lo embarguen, ni impidan los padres, ni otra persona:* con muchos fundamentos y conclusiones juridicas prueua, que por ellas se le concede al hijo de familias libre potestad de disponer de los bienes castrenses.

16 ¶ La tercera consideracion nace de aquellas palabras, *por el orden que le pareciere*, donde tambien se descubre la voluntad de la testadora: porque en sustancia importan lo mismo que si dixera; haga y disponga doña Leonor por el modo y forma que le agradare y quisiere, o bien visto le fuere: a que corresponden los verbos, *voluerit, libuerit*, que denotan libre y absoluta facultad, vt de verbo, voluerit, probatur in *l. fideicommissa, §. quamquam, ff. de legat. 3. vbi DD. l. cum quidam, in prin. ff. de legat. 2. l. fideicommissaria libertas, la 3. in princ. ff. de fideicommissar. libertatibus, l. vtrum, §. cum quidam, vers. Plurimum, ff. de rebus dub.* & notant Bart. *in extrauaganti ad reprimendũ, verbo, videbitur,* Gutierr. *allegat. 1. nu. 17. & 18.* Mier.

1. *par.*

1.*par.quæst.*1.*n.*75. ¶Et de verbo, *libuerit*, idem Bartol. *in l. alio, num.* 19. *ff. de aliment. & cibar. legat. & in repetit. l.* 1. *num.* 50. *C. de sacrosanct. Eccles.* Socin. *in l. Vtrum, §. cum quidam, num.* 11. *ff. de reb. dub.* Ias. *in l. si sic legatum, num.* 34. *ff. de legat.* 2. Felin. *in cap.* 1. *n.* 51. *de constitut.* Menoch. *de arbitrar. q.* 7. *n.* 32.

17 ¶ Y aunque el verbo, *le pareciere*, que en Latin le corresponde, *videbitur, seu visum fuerit*, denota arbitrium boni viri, ad tradita per Menoch. *lib.* 1. *de arbitrar. quæst.* 8. *num.* 1. *cum seqq.*

18 ¶ Parúm refert, porque quando diessemos, sin perjuyzio de la verdad, que importe arbitrium boni viri, no por esto dexaron de obrar libre facultad de enagenar y de disponer, las palabras antecedentes y subsequentes de la clausula, que quedan ponderadas, y quando mas el efeto que pudo causar la posicion de aquel verbo, es, q̃ la licencia de enagenar se aya de entender auerse concedido arbitrio boni viri, idest, quod sine causa fieri non posit, ita in terminis censuerunt Philip. Corn. *cons.* 173. *num.* 5. *lib.* 3. Pret. *cons.* 47. *num.* 48. Viui. *decis.* 18. *num.* 19. Vicenc. Fussar. *de subst. q.* 724. *n.* 3.

19 ¶ Et ratio est, qui alienandi licentia intelligitur sine fraude, Decian. *cons.* 3. *nu.* 210. *lib.* 4. Surd. *cons.* 10. *num.* 10. Hieronim. Gabr. *cons.* 81. *num.* 79. *& seqq. lib.* 2. Ruin. *cons.* 109. *num.* 11. *lib.* 2. *&* 163. *nu.* 4. *lib.* 3. Bertazo. *cons.* 68. *num.* 9. Petra, *de fideicommis. quæst.* 8. *num.* 321. *& seqq.* Vincent. Fussar. *q.* 546. *n.* 7. *& d. q.* 724. *n.* 4.

20 ¶ Pero auiendo justa causa, conformes van los Doctores en que (aunque la licencia de enagenar se aya de entender arbitrio boni viri) el grauado de restituyr y puede disponer en perjuyzio del fideicomisso, vt colligitur ex traditis a Vincent. Fussar. *de substit. q.* 545. *n.* 2. *cum aliis, & n.* 19.

21 ¶ Y entre las causas justas que los DD. aduierten, porq̃ se puede hazer la enagenacion del fideicomisso absque labe fraudis, la vna es la de la cõstitució de dote, ex §. *nobis ergo*, & ibi Bart. *in authen. de restitu.* Baptista de Sanct. Blasio, *in tract. de dote, cent.* 2. *nu.* 2.

& cent.

& cent.3.num.19.& 26.Campeg.in eod.tract. 1.par. quæſt.80. num.1. verſ.Duodecimo, Vincent.Paleot.in eod.tract.num.11.

22 ¶ Aunque ſea perſona eſtraña,en cuyo fauor ſe conſtituye,Paul.Caſtrenſ.in authent.contra rogatus, C.ad Trebel.in fine,& ibi Corne.num.4. & conſ.242. num.10.lib.4.Menoch.lib.4.præſumpt.188.num.21. Peregr.de fideicom.art.42.n.53.

23 ¶ Y lo miſmo ſeria, quando la enagenacion es pro dotis augmento, Cephal.conſ.177.num.24. & ſeqq.Vincent.Fuſſar.d.quæſt.545.num.24.

¶ La otra cauſa es,pro preſtandis alimentis, Alex. in l.Imperator,num.8.ff.ad Trebel.Surd.de aliment.tit. 4.quæſt.9.num.25.Peregrin.de fideicom.art.40.n.40.

24 ¶ Y tambien ſe reputa por juſta cauſa,quādo fit donatio Eccleſiæ amore Dei, Angel.in authent. de reſtitutionib.verſ.Subſequenter quæro.

25 ¶ Deinde conſideran por juſta cauſa la que es pia,como la de redencion de cautiuos,ex d.§.nobis ergó, verſ.Si veró, in authen.de reſtitutionib. Bald.in d. authen.contra rogatus,num.4.in fin.& ibi Fulgoſ.& Salicet.Corn.conſ.242.n.10.lib.4.Cephal.d.conſ.177. num.12.Menoch.d.præſumpt.178.n.23.

26 ¶ Vnde promanat,que doña Leonor nō ſolo pudo grauar los bienes del fideicomiſſo, en fauor del Conuento, ſino enagenarlos: porque ſe verifica en nueſtro caſo aſsiſtir todas las cauſas que hemos referido,que juſtifican la enagenacion del fideicomiſſo. ¶ Porque es dotacion y aumento de dote el legado de las cien fanegas ſobre que ſe litiga, por auerlo hecho como Patrona del dicho Cōuēto. ¶ Y es pro alimentis:porque para eſte fin lo dexó. ¶ Y es donation Eccleſiæ,& Religioni facta. ¶ Y vltimamente es obra pia, por ſer para ſuſtento de las Religioſas del dicho Conuento, de todo lo qual no ſe puede dudar.

28 ¶ Y aſsi, aunque confeſſamos, que la licencia de enagenar que tuuo doña Leonor, quedò limitada a que huuieſſe de ſer arbitrio boni viri, la impoſicion del

del dicho grauamen viene a contenerse dẽtro de los limites del, con que de todo punto viene a estar justificada la disposicion de la dicha doña Leonor.

29 ¶ Et minus refert, que aquella palabra, *por el orden*, la ponderassen los Abogados contrarios por su parte, procurando persuadir, que en esta clausula por ella quiso sinificar la testadora el orden de suceder, por los nombramientos que doña Leonor auia de zer.

30 ¶ Esta inteligencia es absurda, y facilmente se conuence, porque si in vnius cuiusque dispositionis interpretatione est regulare, vt mens disponentis in vna parte declaretur, ex his quæ expressit in alia, *l. qui filiabus, l. si seruus plurium, §. fin. ff. de legat.* 1. *cũ vulgat.* & verbum ambiguum positum in vna clausula interpretationem recipiat ab his, quæ disponens dixit in alia parte eiusdem clausulæ, *l. vtrum, in prin.* vbi Bart. Bald. & Angel. & cæteri, *ff. de petit. hæreditat. l. fin. §. cui dulcia, ff. de vino, tritic. & ole. legat. cum simili.* Doña Maria en la misma clausula pauló superius, despues de auer llamado a la sucession deste fideicomisso a Francisco de Aranda, dize asi: *El qual tenga los dichos bienes, hasta que la dicha señora doña Maria se case; e si antes, o despues de casada no se los quisiere dar y entregar, quede a su voluntad hazer lo que le pareciere: porque yo quiero, que por el orden que por su merced quisiere se haga, en darle los dichos bienes quando el quisiere.*

31 ¶ Ecce quomodo la palabra, *orden*, de que vsa la testadora, aqui no sinifica orden de suceder, sino que por ella manifestó concederle a Francisco de Aranda libre facultad, y omnimoda libertad en dar los bienes a su hija, o en retenerlos.

¶ Igitur, vsando de la misma palabra pauló inferius se ha de entẽder precisamẽte, q̃ fue en el mismo sentido, aliás enim no venia a hazer cõsonancia con las palabras antecedentes y subsequentes, q̃ tan expressamẽte cõprehenden licencia de enagenar y disponer.

32 ¶ Subiungitur etiam promissis considerationibus alia, que acredita la inteligencia que vamos

apoyando: la testadora paulo antea en la dicha clausula dize: *Y si antes que possea la dicha señora doña Maria, o despues muriere, sin dexar los dichos descendientes, q̃ el dicho señor Francisco de Aranda Sotomayor pueda darlos si vuiere algũ deudo cõ necessidad, virtuoso, que lo aya menester, se los dé, y si no lo vuiere, sea a la persona que el dicho señor Francisco de Aranda quisiere, &c.*

33 ¶ Por estas palabras claramente se reconoce auer concedido a Francisco de Aranda, la fundadora, licencia, para poder dar los bienes deste fideicomisso, o a pariente, o a estraño, en caso que premuriesse doña Maria de Villafañe sin dexar hijos, ni descendiẽtes. Aduiertase que no dixo que pudiesse nõbrar, *sino pueda darlos*, duplicando el verbo *darlos*, que entẽdiendolo en su proprio significado (en el qual se ha de presumir lo refirio la testadora, ex iuribus vulgaribus) importa translacion de dominio, *l. fin. ff. de condiction. caus. dat. l. vbi autẽ non apparet* 75. *§. fin. ff. de verbor. oblig. §. sic itaque institut. de act.*

34 ¶ Si pues a Francisco de Aranda le concedio la testadora tan plena facultad, bien se percibe, quanto mas bien se deue presumir que quiso dar esta a doña Leonor, para que pudiesse disponer de los mismos bienes, como a persona que mas amaua, assi por ser su hermana mayor, enim affectio probatur ex maiori coniunctione sanguinis, *l Titius, ff. de hæredibus instituend.* Alciat. *de præsumptio. reg. 1. præsumptio. 20.* Marta, *de succes. legal. 4. p. q. 10. art. 1. nu. 2.* como porque en la sucession deste fideicomisso la prefirio a Francisco de Aranda, ex prænominatione censetur etiam maior affectio, *l. Lutius, §. fi. ff. de hæredibus instituend. l. cum ita, §. in fideicõmisso, l. Publius, §. fin. ff. de condit. & demostr. cum concordan.* Marta, *vbi sup. nu. 8.*

35 ¶ Finalmente se confirma esta inteligencia, con que la misma doña Leonor siempre viuio con este concepto, y presupuesto de que su hermana le auia dexado libre facultad, para disponer como le pareciesse de los bienes del fideicomisso; y assi lo manifestò en la clausula de su testamento, ibi: *Y porque en el dicho testamento quedó reseruado que yo pudiesse en esto*

alterar

4252

alterar, añadir, e poner, e disponer lo que me pareciere, assi por esto, como por ser la mitad de los dichos bienes mios, yo quiero en lo susodicho añadir algunas cosas, que conuiene al bien de mi anima, y descargo de mi conciencia, y de la dicha doña Maria Serrano, y de Iuan de Aranda nuestro hermano, que tuuo parte en la dicha hazienda, &c.

36 ¶ Ex quibus verbis prouenit, que quando las palabras de la clausula del testamento de doña Maria, no manifestaran su voluntad con tanta euidécia, con estas de doña Leonor quedaran bien declaradas, y sin materia de dudar en el caso, porque como heredera doña Leonor de su hermana pudo declarar su intencion, y voluntad, como quien tambien la sabia, y tenia noticia della, sicuti docet Bart. *in l. gerit 87. ff. de acquirend. hæredit. nu. 17. & in l. si quis a filio, 32. §. si quis plures, nu. 1. & 2. ff. de legat. 1.* quem sequitur Cuman. *ibidem nu. 1.* & Ias. *in l. inter stipulantem §. si sthicum, nu. 7. ff. de verb. oblig.* Bald. *in l. in quibus, nu. 2. C. de secund. nupt.* Tiber. Decian. *consi. 34. lib. 3. nu. 94.* vbi ita subscripsit: *Quia nemo magis præsumitur scire voluntatem deffuncti, quam ipsius testatoris hæres, & potest ipse voluntaté deffuncti declarare, & ex eius dictis & factis interpretari voluntatem deffuncti, l. si quis a filio, §. si plures, ff. de legat. 1. &c.* & vlterius ibi: *Et certé hæc videtur vrgentissima coniectura, ni fallor ad probandam voluntatem Domini Isnardi, de qua optimè erat conscia, &c.*

37 ¶ Sequitur etiam Bartolum pluribus alijs cógestis D. Molin. lib. 1. cap. 8. nu. 38. vbi subiungit, *quod si ea interpretatio verisimilis sit, a iudicibus sequenda, vel saltem summé consideranda atque æstimanda erit,* D. Castill. *lib. 3. cap. 10. n. 35.*

38 ¶ Grande es la verisimilitud que asiste a la declaracion de Doña Leonor. ¶ Auerse hallado presente quando doña Maria ordenó su testamento, como del mismo se colige. ¶ Ser su hermana. ¶ Viuir juntas en vna casa. ¶ Ser la mitad de los bienes del fideicomisso della (que en esto van llanas las partes.) Et forté el auer aprouado, y consentido doña Leonor sin resistencia, y con tanta facilidad el testaméto

de su

de su hermana, fue debaxo del presupuesto de que le dexaua facultad de disponer de los bienes premuriẽdo doña Maria de Villafañe, y sus descendientes, q̃ aliás no lo aprouara: y aunque esto no consta de los autos, naturali veritati consonat.

39 ¶ Y no venia bien que tratando en esta clausula doña Leonor de descargar su conciencia, y la de su hermana (como ella aduierte) dixesse cosa, que no fuesse muy cierta, y verdadera, maximé in articulo mortis, iuxta illud vulgare, *nemo præsumitur immemor. &c.*

40 ¶ Cæterum aduersus hanc nostram interpretationem, oponen los Abogados de don Alonso.

41 ¶ Lo primero, que el verbo, *disponere*, aũque perse, & secundum suam propriam essentiam sit tam efrenatæ significationis, que importe potestad de enagenar, sin embargo ex subiecta materia se ha de limitar, y restringir en el caso deste pleyto, *ex l. si vno ff. de locati cum alijs similibus.* Porque siendo este fideicomisso, y vinculo perpetuo, no se ha de presumir que la testadora quiso, vnico verbo totam suam dispositionem subuertere, *ad l. si quando, in princ. C. de in offic. testamen.* ¶ Y dizẽ, que por las palabras desta clausula, solo se le dio a doña Leonor eleccion, y derecho de poder dar la sucesion al pariente q̃ quisiesse, aunque fuesse el mas remoto.

42 ¶ Sed tollitur hæc obiectio; lo primero, porq̃ no confessamos, que este fue vinculo, y fideicomisso perpetuo absolutamente, sino condicional, y temporal en caso que doña Maria de Villafañe dexasse hijos, y descendientes, entre los quales parece quiso la testadora constituyrle con duracion correspectiua á la vida dellos: pero no quando premuriesse sin descẽdientes viuiendo doña Leonor; en este quiso que pudiesse enagenar, y subuertir el fideicomisso, disponiẽdo de los bienes del, como le pareciesse (vt probauimus præmissis considerationibus.)

43 ¶ Para lo qual pudo darle licencia, sin que resultasse inconueniente; non enim repugnat ordinatũ esse á testatore perpetuum fideicommissum, & datã esse

4283

esse ab eodem testandi facultatem, sicuti responderunt Socin, sen. *consi.* 31. *num.* 3. *versi. Nam & si decessisset, lib.* 4. Ruin. *consi.* 15. *num.* 2. *lib.* 2. Ias. *consi.* 174. *lib.* 2. Tiber. Decian. *consi.* 27. *lib.* 3. *num.* 10. ita subijciens: *attamen testator, qui fideicomissum fecit, potest, & expreßé, & tacitè permittere alienationem de bonis subiectis fideicommisso; quia poterat etiam fideicõmissum non relinquere argu legis si fundum per fideicommissum, §. fi. ff. delegat.* 1. *&c.* Et cõs. 35. eodem lib. num. 1. ad finẽ & num. 2. vbi sic inquit: *Aliquando tamen reperiuntur testatores contrariæ mentis, quod scilicet imo dato, quod fideicommissum induxerint, velint tamen bona sua non obstante fideicommißo posse per grauatum alienari, quæ voluntas vtique seruanda est, quia si potuit testator fideicomissum nõ inducere potuit, & illud multomagis limitare, &c.*

44 ¶ Subscripsit etiam Pet. Surd. *consi.* 10. *n.* 30. ibi: *Potest enim testator concedere hæredi facultatem alienandi, & fideicommissum subertendi ex quo potest non fideicommittere, l. si fundum per fideicommissum, in fine, ff. delegat.* 1. *l. in conditionibus, ff. de condit. & demostratio.* Menoch. *consi.* 1006. *nu.* 30. versi. *De primo dicendum est,* Vicent. Fussar. *de substitut. q.* 724. *nu.* 1. ibi: *Regula est apud omnes, quod testator possit post constitutum fideicõmissum, & prohibitam alienationem dare expreßé licentiam prohibitis alienandi, vt scribunt Socin. sen. &c.* & protinus illic: *Si enim testator potuit, non fideicommittere, potuit & fideicommissum iam factũ interuertere, &c.*

45 ¶ A la replica que se puede hazer, nempe, quod testator videtur sibi contrarius hanc licentiam concedendo grauato, responde Surdo in *d. consi.* 10. *nu.* 34. per hæc verba: *Et non obstat secundum eũ, quod testator videatur contrarius grauando restituere, & concedendo licentiam alienandi: quia imó nulla sub est contrarietas: sed videtur testator grauaße casu, quo nulla fiat alienatio, & in eum casum fideicommiße. Eiusdem sententiæ fuit Ruin. consi.* 76. *nu.* 13. *vol.* 2. *&c.*

46 ¶ De donde se infiere, que no se acomoda bien in occurrenti casus specie, el dezir que se ha de restringir ex subiecta materia el verbo *disponere*, para que no obre segun toda su latitud: porque los Aboga

 dos

dos contrarios presuponen por sujeta materia (como cosa assentada) la perpetuidad del fideicomisso, la qual les negamos, teniendo por infalible, que quando la testadora dio licencia de disponer a doña Leonor de los bienes del, lo presupuso acabado, y pendiente su duracion de la voluntad della, con que se verifica, que en el caso que le concedio la licencia de enagenar, ya no auia preexistente subiecta materia de fideicomisso perpetuo, por la qual pudiera coarctarse, y restringirse la lata significacion, y comprehension del verbo *disponere*.

47 ¶ Secundo etiam reijcitur hæc obiectio, porque quando la licencia de enagenar, y disponer de los bienes del fideicomisso es tan expressa, como la que dio la testadora a doña Leonor, no admite genero de restriccion, imò potius latius interpretatur pro ut in specie loquens respondet Surd. *d. consi. 10. num. 23. cum sex sequentibus*.

48 ¶ Y con las dotrinas que quedan referidas, se ha respondido a la ponderacion de la *l. si quando, in prin. C. de inofficio.* porque si pudo y quiso la testadora dar licencia de enagenar a doña Leonor, como lo hizo, manifestando su voluntad con expressas palabras, no ay para que atender a presunciones in claris non est opus coniecturis, vulgata *l. continuus, §. cũ ita, ad fin. ff. de verbor. obligat. cum alijs.*

49 ¶ Y dezir los Abogados de don Alonso, que en aquellas palabras: *Pueda hazer y disponer de los dichos bienes por el orden que le pareciere, sin que en ello nadie le ponga impedimento, ni embargo alguno, &c.* no quiso conceder la testadora mas de vna facultad de nõbrar por sucessor el pariente que quisiesse doña Leonor, aunque fuesse el mas remoto, sin que los mas cercanos se lo pudiessen estoruar: No es otra cosa, que oponerse ex diametro a la mente y expressa voluntad de la testadora, y hazer manifiesta violencia a lo literal de las palabras, torciendo el verdadero y natural sentido dellas.

50 ¶ Porque para que pudiesse doña Leonor hazer lo que dizen los Abogados contrarios, scilicet, nom

nombrar el mas remoto pariente omiſſo proximiori ſin contradicion alguna, baſtaua concederle la ſimple facultad de nombrar ſuceſſor, ex text. ad id expreſſo, *in l. vnum ex familia, §. ſi de falcidia*, ibi: *Eodem vel diſpari gradu, ff. de legat.* 2. & ibidem Bart. *num.* 4. Bald. *in verſ. Itaque primò*, Paulo, *num.* 2. D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 4. Mieres, 1. *par. quæſt.* 72. *num.* 2. Gutie. *lib.* 2. *quæſt.* 67. *num.* 3. y aſsi todas aquellas palabras: *Por el orden que le pareciere, ſin que en ello nadie le ponga impedimento, &c.* venian a ſer ſuperfluas y ſin efeto.

51 ¶ Y eſto no puede ſer, porq̃ no ſe preſume, q̃ en ſemejantes diſpoſiciones ha de auer palabras ocioſas ſin miſterio, *l. ſi quando in prin. ff. de leg.* 1. *gloſ. in c. ſolitæ, ver. tanquam, de maior. & obed.* Bald. *in l. nec quicquã §. de plano, col. fin. ff. de offic. Proconſul. & legat.* Imò nec quidem ſyllaba cenſeri debet appoſita ſine virtute alicuius operationis, gloſſ. & idem Bald. *in l.* 1. *ff. quod metus cauſa*, Dec. *conſ.* 48. *col.* 2. *poſt med. & conſ.* 626. *colum. etiam* 2.

52 ¶ Lo ſegundo que oponen, y en lo que cõſtituyen principalmente el fundamento de ſu juſticia los Abogados contrarios, es, en las palabras conſecutiuas de la miſma clauſula, ibi: *E ſi durante poſſeyere el dicho ſeñor Franciſco de Aranda, o antes de la dicha ſeñora doña Leonor, como eſtà dicho, muriere la dicha ſeñora doña Maria ſin deſcendientes legitimos, que la dicha ſeñora doña Leonor pueda nombrar ſiguiente ſuceſſor, e la perſona que nombrare, aya y lleue los dichos bienes con el dicho cargo, &c.*

53 ¶ Por eſtas palabras dizen los Abogados de don Alonſo, que ſe deſcubre como doña Maria no quiſo por las antecedentes dar licencia de diſponer librem̃ete de los bienes del fideicomiſſo a doña Leonor, ſino ſola facultad de nombrar ſuceſſor en ellos, y que ſi la quiſo dar para mas, la limitò y reſtringio por eſtas.

54 ¶ Sed re vera decipiuntur, porque la intencion de la teſtadora no fue querer coarctar, ni reſtringir por eſtas palabras la libre diſpoſicion, que auia concedido a doña Leonor en las precedentes, ſino

jũtamente cõ ella darle facultad de nõbrar ſuceſſor, confiriendo en ſu voluntad el poder hazer lo vno y lo otro, videlicet, que en caſo que eligieſſe, no enagenar, ni diſponer de los bienes del fideicomiſſo, ſino que permanecieſſen indiuiſsibles en vn ſuceſſor, eſte le nombraſſe doña Leonor. De manera, que le concedio ambas coſas. Diſpoſicion libre, y licencia de enagenar en las palabras antecedentes (vt laté oſtenſum eſt ſupra.) Y en las ſubſequentes (quæ nuper retulimus) facultad de nombrar, no queriendo vſar deſta de enagenar los bienes.

55 ¶ Y que fueſſe eſta ſu intencion, y el verdadero y propio entendimiento de las dichas palabras, ſin que ſea poſsible admitir otro, que no ſea notoria violencia, ſe perſuade. ¶ Túm porque con eſta inteligencia ſe reduzen a conſonancia las palabras de la vna y de la otra clauſula, y ſe euita la contrariedad en la voluntad y diſpoſicion de la teſtadora: porque lo fuera euidente, ſi auiendo dado enlas anteriores libre facultad de enagenar los bienes del fideicomiſſo a doña Leonor, luego en las ſubſequentes ſolo le concedieſſe la de poder nombrar ſuceſſor; ſi no fueſſe debaxo del preſupueſto que queda aduertido. & fieri ſemper debet interpretatio, per quam euitetur contrarietas, & repugnantia in teſtamento, *cap. inter dilectos, §. ceterum, de fide inſtrument. cum vulgat.* Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 9. num. fin.* Surd. *conſ. 230. nu. 28. & conſ.* 279. *n.* 14. ¶ Etiã diſtinguendo, & ſubaudiendo, Socin. iun. *conſ.* 125. *n.* 15. *cum duobus ſeqq. lib.* 1. Curti. iun. *conſ.* 145. *n.* 14. & poſt alios Sim. de Præt. *de interpret. vlt. volunt. lib. 1. dubit. 4. ſolut. 9. numer. 1. fol. mihi* 53.

56 ¶ Tum etiam, porque ſe euita la correcion, que eſta venia a auerla in continenti, quæ tamen nõ præſumitur, *l. non ad ea, ff.* de *condit. & demonſtrat. l. 1.* vbi Bald. *C. per quas perſe nobis adquiritur,* Sim. de Pre. *de interpr. vlt. volunt. vbi proximi, ſolut. 8. n. 1.*

57 ¶ Tum denique, porque ſe euita la ſuperfluidad que reſulta de la interpretacion cõtraria: porque ſi dizen, que por las palabras deſta clauſula antecedẽ

tes,

tes, solo quiso dar la testadora facultad de nombrar. En estas subsequentes concede la misma, cō que precissamente nos han de confessar, que las vnas, o las otras vienen a ser superfluas, y esto tampoco se presume en ninguna disposicion, *l. si quando, in prin. ff. de legat. 1. l. generali, §. 1. ff. de vsufruct. legat. cap. si Papa, in princ. de præuileg. in 6. cum alijs,* late Manti. *de coiect. lib. 3. tit. 6. num. 1. & seqq. maxime nu. 7.* Sim. de Præt. *de interpr. vlt. volunt. lib. 2. interpret. 3. dub. 2. solut. 5. num. 1. & seqq. fol. mihi* 260. Por manera, que para escusar el incidir en tantos absurdos e inconuenientes, viene a ser preciso entender las palabras desta clausula, en la conformidad que emos referido.

58 ¶ Y con lo que de todo punto se assegura la certeza desta interpretacion, es, con lo que la misma testadora dize al fin de la clausula, ibi: *El dicho señor Francisco de Aranda se tenga en sus dias los dichos bienes, e despues de los dias de su merced, venga e suceda en ellos la dicha señora doña Maria, e sus descendientes legitimos, e a falta la persona q̄ nombrare, como està declarado, la dicha señora doña Leonor mi hermana, y con el tenor de esta clausula, sea y se entienda el dicho vinculo y memoria, &c.* Donde parece, que la facultad de nombrar que le cō cede a doña Leonor, no es en el mismo caso que le auia dado licencia de enagenar, sino muy diuerso: porque la de disponer fue en caso que premuriesse doña Maria de Villafañe sin descendientes. Y la que aqui le da de nombrar, es, auiendo sucedido la dicha doña Maria y sus descendientes, y faltando estos: de manera, que el poder nombrar solo quiso que fuesse en el caso en que el fideicomisso auia de tener existēcia, y continuarse en los descendientes de D. Maria.

59 ¶ Y bien podremos afirmar, que Pelaez de Mieres entendio la clausula en esta conformidad, pues como Abogado q̄ fue deste pleyto, en la peticiō de la justicia q̄ hizo en esta Corte, expressando agrauios de la sentēcia del inferior, fo. 29. del Rollo, dixo las palabras siguientes. *Lo otro, porque la dicha Doña Maria Serrano, por el dicho su testamento dio entera y libre facultad, y poder absoluto, a la dicha doña Leonor su her-*

hermana, para que pudiesse disponer de toda su hazienda, de la manera que quisiesse, y como le pareciesse, a su libre voluntad: las quales palabras estan tan manifiestas, que no pueden recibir entendimiento que dexe de ser falso, y contra la propiedad y sonido de las palabras: de que resulta vna verdad infalible, y es, que la dicha doña Leonor pudo justissimamente, vsando de la facultad y poder de su hermana, mandar a mis partes las dichas cien fanegas de trigo.

60 ¶ Ex his omnibus se infieren dos cosas. La vna, que presupuesta la facultad de disponer, que se le concedio a doña Leonor, no es dubitable que pudo enagenar todos los bienes del fideicomisso, prout perpendimus supra num. ex doctrina multorum quibus addimus alios, qui in terminis consuluerunt, videlicet, Ias. *cons.* 232. *lib.* 2. Ruin. *cons.* 76. *num.* 13. *lib.* 2. Alciat. *cons.* 12. *lib.* 9. Decian. *cons.* 27. *&* 35. *num.* 33. *lib.* 3. Gabri. *cons.* 99. *num.* 21. *& sequentibus, lib.* 2. Surd. *cons.* 19. *num.* 18. 23. 29. *& seqq. lib.* 1. Vincen. Fussar. *de substit. q.* 546. *n.* 1. *&* 3.

61 ¶ La otra viene como en necessaria consequencia, scilicet, que doña Leonor pudo grauar los bienes del fideicomisso, imponiendoles a los sucessores que nombró la carga de cien fanegas de trigo en cada vn año para el dicho Conuento, & hoc patet per argumentum a maioritate rationis, si enim poterat alienare, quanto magis onerare.

62 ¶ Sin que nos obste la decision de la *l. vnum ex familia* 69, *§. si de falcidia, & §. sed & si fundum, ff. de legat.* 2, *& l. ab eo, C. de fideicom. cum alijs vulgat.* Vbi deciditur, que el que nombra, y elige ex alterius testamento, non potest eligendo grauare.

63 ¶ Porque se responde, que estos textos proceden, quando el que tiene potestad de eligir està necessitado de restituyr el fideicomisso al que hà de elegir; non verò, quando el que nombra no se halla en precissa obligacion de dar, y de restituyr los bienes del fideicomisso, sino que esta en su voluntad el darlos, o dexarlos de dar; tunc enim, podra este grauar al electo de la misma suerte que si fueran suyos los bienes, porque si los pudiera quitar el no hazerlo, es como

mo si nueuamente se los diera, sic ex doctrina Paul. Castr. respondiendo al §. *fin.* de la *l. si fundum per fidei-commissum, & ibi glos. verb. si filij*, y a la *l.* 1. §. *sciendum, ff. de leg.* 3. intelligit & declarat prædicta iura Peralta, *in d. §. sed & si fundum, nu.* 9. vbi ita subdit: *tamen vt in quit declarans Paul. de Castro in §. si de falcidia, eodẽque primo, supra hac lege iura illa loquuntur in his, qui non tenẽtur dare, neque restituere, & sic necessario: sed dumtaxat, si volunt possunt id facere, tales enim non adimendo vidẽtur dare de nouo, sicque poßunt grauare eum á quo nõ ademerunt, vt in dict. §. vlt. dictæ legis si fundum per fideicõmißum dicitur, sed iste textus. Et text. in d. §.* 1. *& tota hæc lex vsque ad §. rogo inclusiué, loquitur quando hæres, vel executor fecit hanc electionem ob necesitatem sibi á testatore iniunctam, per ipsius præceptum, quo illũ grauauit restituere, vt in quit text. ibi (necessariæ electionis) & propterea non dicitur liberalitatem exercere in talem nominatum vel electum, cum potius soluat debitum, &c.*

64 ¶ Vnde, siẽdo como es cierto, que doña Leonor no estaua necessitada a restituyr los bienes del fideicomisso, sino que pudiera enagenarlos, como queda fundado, bien se sigue dezir, q̃ los vino á dar nueuamente a los sucessores nombrados, pues dexó de quitarselos, ac proinde iuxta resolutionem Peraltæ nuper relatam, bené potuit eos grauáre.

65 ¶ Finalmente, la l. vnum ex familia, y los §§. si de falcidia, sed etsi fundum, se limitan quando el grauamen que se pone por el grauado de restituyr, es en fauor de obra pia; ita singulariter Baldus, *in dict. §. sed etsi fundum, in princ.* ibi: *Item nota, quod eligens ex necessitate non potest grauare. Et sic est arg. quod executores testamentorum, qui eligunt certos pauperes non possunt eis imponere onus, verbi grat. eligunt hospitale misericordiæ in pauperem hoc pacto, quod debeat soluere centum. Ego credo, quod poßet hoc modo grauari alteri hospitali, vel pauperi: sed non extraneo, &c.* y le sigue Rafael Cumano en el mismo §. post num. 1. ibi: *Tamẽ dicit Baldus, quod si onus illud adijceretur ad pias causas valeret: quia hic loquitur in onere de restituendo extraneo, &c.*

66 ¶ En esta limitacion nos hallamos, pues no

se puede dudar que el grauamen que impuso doña Leonor, fue ad piam causam, siendo en fauor de Cõuento de Religiosas donde tanta virtud se professa, y para alimentarlas.

SEGVNDO MEDIO, DONDE SE prueua, que por auer premuerto los llamados al fideicomisso, pudo doña Leonor disponer delos bienes del.

67 ¶ Conclusion es indubitada, quod si nullus superst, cui bona restitui debeant ex vocatis ad fideicommissum alienari posint a grauato, bona fideicõmisso subiecta, *ad l. cum pater, §. libertis, & l. qui solidũ, §. prædium, & ibi glos.* Bart. Paul. & alij, *ff. de legat.* 2. ex innumeris Vicent. Fussar. *de substitut. q.* 551. *n.* 1.

68 ¶ Desta conclusion nos valemos para fundar tambien la justicia del Conuento, y q̃ doña Leonor pudo enagenar los bienes deste fideicomisso, porque es cierto que quando murio, ya no viuia alguno de los llamados a la sucession del, en el testamento de doña Maria, porque todos auian premuerto. Y en esto van llanas las partes.

69 ¶ Y aunque los Abogados contrarios no niegan la certeza de la conclusion referida: pero responden que no es aplicable al caso deste pleyto, porque dizen, que este fue vinculo, y fideicomisso perpetuo, ponderando que en la clausula la testadora vsó de la palabra *vinculo*, y les llamó *bienes vinculados*. ¶ Puso memoria y grauamen de Missas. ¶ Hizo llamamientos, y substituciones, especialmente de los descendiẽtes de doña Maria de Villafañe, con prelaciõ del mayor al menor, y del varon a la hembra. ¶ Prohibio la enagenacion de los bienes, y vso de la diccion *semper*, todas las quales son conjecturas inductiuas de fideicomisso perpetuo; en cuyo caso aunque las substituciones, y llamamientos sean limitados, y se acabẽ, no espira el fideicomisso, porque la ley suple los llamamientos, ex traditis a D. Molin. *lib.* 1. *c.* 3. *nu.* 1. & *c.* 4. *nu.* 14. *c.* 5. *per totum*, & D. Castill. *lib.* 2. *cap.* 22. *a nu.* 2. *cum seqq.* & *lib.* 5. *c.* 93. *ex §.* 2. *vsque ad §.* 6. Mier.

2 P

2.*p.q.5.per tot*.Couarr.*lib.3.variar.c.5.n.6*.Flor.*lib.1.var.q.18.anu.19.*

70 ¶ Sed breuiter prouaremos, que todas las cõjeturas referidas, no son bastantes para induzir fideicomisso perpetuo, en el caso deste pleyto, ex seqq.

71 ¶ Lo primero, la palabra *vinculo*, de que vsò la testadora, in princip. clausulæ, ibi: *Y dexo por bienes vinculados*; & ibi: *Con titulo de vinculo*, & ad finem, *el dicho vinculo, y memoria*, no es llano que induze fideicomisso perpetuo, vltra nominatos, porque aunque el señor Molina vui sup. *c.4.n.14*.Couarr.Flores de Mena, D.Castill.Matienz.& alij, quos consulto omittimus, son de opiniõ que si vno dize, hago mayorazgo de mis bienes, aunque los llamamientos sean limitados, se tiene por constituydo en fauor de la familia, con las calidades, condiciones, y llamamientos necessarios para su perpetuidad, guardã dose siempre en el modo de suceder las obseruaciones ordinarias de linea, grado, sexo, y edad.

Otros Doctores (non contemnendæ authoritatis) tuuieron la contraria, nempè Gregor.Lopez *in l.2.tit.15.p.2*.verbo, *mas propinquo pariente*, versi. *Vnde si aliquis*, ibi: *Si qui faceret maioriam in filium maiorem, & in ipsius defectum in alium filium: & sic in alios filios & eorum descendentes, si contigat, quod omnes moriantur, expirabit maioria, &c*.& in *l.3.tit.13.p.6*. verb.*muger, colum.1*.versi: *Quid autem si conditor maioriæ*, Peralta, in *l.3.§.qui fideicommissa, nu.55.col.2.ff*.de *hæredib.instituend*. subiungens: *Est quippe iuris certissimum, quod vbi non superst persona ex vocatis gradatim, & successiuè ad maioratus successionem tale vinculum, seu talis maioratus expirat, & bona illius permanent libera, &c*.Rodri.Xuar.*in l.quoniam in prioribus limit.2.ad l.Regiam,n.15*.Palac.Rub.*in repet. cap.per vestras de donat.inter §.26.nu.20*.Didac.de Siman.*de primogen.Hispan.lib.1 cap.25*.Mier.*4.p.q.29.ex nu.12*.Burg.de Paz, *consi.34.nu.11.cum seqq*.Horos.*in l.de quibus, nu.71.ff.de legibus*.Barb.*in l.si constante 25.in prin.nu.103.ff.solut.matrim*.Menoc.*consi.993. nu. 3.& seqq*.Aceb.*cons.2 nu.59.& consi.18.num.13*.con que el punto viene a

 ser

ser muy controuerso, por la discordia de las opiniones.

72 ¶ Si bié se deue aduertir q̃ el señor Molina, y los demas referidos por la contraria, no hablan de la palabra *vinculo*, sino del verbo *maioratus*, el qual (vt notum est) es de mas lata comprehension, que el verbo *vinculo* (aunque el señor don Iuan del Castillo, y Azeb. afirman, tiene la misma significació, y los mismos efectos.)

73 ¶ Pero quando esto fuesse cierto (quod neutiquam fatemur) nil negotij præstat, porque la fundadora no quiso tanto instituyr vinculo sobre los bienes deste fideicomisso, para los de su familia, como vna memoria, y aniuersario perpetuo de tres Missas en cada semana, y asi se reconoce con euidencia del con texto literal de la clausula donde repitio la palabra, memoria, diez vezes.

74 ¶ Y asi en este caso viene a faltar la razon final, por donde se mouieron el señor Molina, y los demas, a seguir aquella opinion: aiunt enim, que quãdo el testador dize, *hago mayorazgo*, es visto querer, que los bienes en que le constituye, se conseruen perpetuamente vnidos, para que todos los de su familia sucessiuamente los vayan gozando, y querer tambien cõseruar por este camino su memoria. ¶ At in specie nostra, la testadora no pretendio este fin, porque si dize que vincula los bienes, no fue para los de su familia, sino para la memoria, y aniuersario que dexò instituido, vt claré percipitur ex verbis clausulæ in princip. ibi: *Todo lo qual quiero, y es mi voluntad de lo dexar, y dexo por bienes vinculados a memoria, &c.* Et iterum post medium illic: *Y por el mismo fecho quede aprouada, y reualidada esta clausula, e obligados los bienes a la dicha memoria, &c.*

75 ¶ Lo segundo, porque la imposicion de la carga de Missa, y aniuersario perpetuo, per se sola, no es bastante para induzir perpetuo fideicomisso, vt late probant D. Lara *de aniuers. & capp. lib. 1. c. 4. n. 15. cum seqq.* D. Cast. *lib. 4. c. 9. n. 9. & seqq. & lib. 5. c. 93. §. 11. per totum*, Robles, *de repræsentat. lib. 3. c. 3. n. 3.*

76 ¶ Lo

76 ¶ Lo tercero, porque de auer hecho algunos llamamientos, y substituciones particulares, scilicet, de Francisco de Aranda, y de doña Maria de Villafañe, y sus descendientes, no se infiere conjetura precisa de vinculo perpetuo, prout resoluunt in terminis D. Molin. *lib.* 1. *c.* 5. *nu.* 37. *&* 38. D. Castill. *lib.* 2. *cap.* 22. *n.* 44. copiosè Aceb. *consi.* 18. *per totum.*

77 ¶ Lo quarto, porque aunque la testadora vsò en la clausula de las dicciones, *perpetuamente, y para siempre jamas*, estan referidas, y limitadas à la memoria de las tres Missas en cada semana, y a la carga de dar quatro hachas de cera blanca, al santissimo Sacramento en cada vn año, como parece de la clausula, donde despues de auer ordenado la dicha memoria de Missas dize: *Y assi mismo, con que en cada vn año se dè para la lumbre del santissimo Sacramento quatro hachas de cera blanca de quatro libras cada vna, las dos el Iueues Santo, y las otras dos para la octaua del santissimo Sacramento, e todo perpetuamente para siempre jamas*, de manera que la diccion *perpetuamente*, ni se puso en las substituciones, y llamamientos, ni en la prohibicion de enagenacion, ni en otra parte de la clausula donde pudiesse influyr perpetuidad en la sucession del fideicomisso, sino en la execucion, y obseruancia de la memoria de Missas, y cera.

78 ¶ Lo quinto, porque aunq̃ la prohibicion de enagenaciõ, por auerse puesto a los bienes, parezca q̃ es real y perpetua, quia sequitur rẽ quocũq; vadat, vt docuit Bald. *in l. præcibus, nu.* 49. *C. de imp. & alijs subsstit.* & alij relati a D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *nu.* 22. & consequenter, q̃ es conjetura clara, de q̃ la fundadora no quiso que el fideicomisso se acabasse en faltando los expressamente nombrados.

79 ¶ Sin embargo, en el caso presente no procede el intento contrario. Lo vno, porque la prohibicion de la enagenacion està hecha despues de todos los llamamientos y sustituciones, y assi no obra que la disposicion principal se estienda a otras personas de la familia; sed venit ad confirmationem præcedẽtium vocationum, & ad illarum terminos restringitur,

tur, vt concludit Bologne.*in l. filius famil. §. diui, num. 259. ff. de leg. 1.* ex his verbis: *Contrarium tamen procedit, quando prohibitio fit in rem nulla persona nominata praecedente; quia tunc refertur ad omnes, sed quando aliqua persona est nominata, etiam quod fiat in rem tamen restringitur ad personas, & aequipollet particulari, &c.* Et Honded.*cons. 78. nu. 34.* dize, que por las palabras de prohibicion de non alienando, quamuis sint in rem scripta, no se induze nueuo fideicomisso, quando precedieron llamamientos particulares personales, ibi: *Insuper aduertendum est testatorem ex prohibitione, & ratione praedictis voluisse tantum alienationem prohibere ad conseruationem fideicommissi praecedentis, & vt instituti, & substituti, non alienarent prout poterant praecedente conditione fideicommissi, non obstante l. fin. §. sin autem aliquid, C. commun. de legat. non autem nouum fideicommissũ inducere, &c.* Quod etiam resoluit Alex. *cons. 59. nu. 8. vol. 3.* Menoch. *cons. 376. num. 74. vol. 4.* donde aduierte, que las palabras de la prohibicion se han de interpretar por los llamamiẽtos precedientes, para q̃ solamente comprehenda los llamados y sus descendientes, y no se estienda a otras personas, & Soci. sen. *cons. 53. num. 11. vol. 1.* dize, que en faltando las personas llamadas, cessa la prohibicion de enagenaciõ; & Peregr. *de fideicommiss. art. 14. num. 47.* alegando a Decio, Riminaldo, Albano, Hieron. Gabriel, Cefalo, Bursato, afirma, que esta es verdadera opinion; y alega tambien a Paulo Leonio, *cons. 29.* el qual refiere vna decision de la Rota, que salio conforme a su parecer.

80 ¶ Lo otro, porque aunque la enagenaciõ sea real, para induzir fideicomisso perpetuo es necessario, quod adijciatur aliqua causa expressim, veluti, vt bona in familia perpetuó remaneant, vt tenet Paul. de Castr. *in §. diui, in prin. l. filius familias, ff. de legat. 1.* Socin. sen. *cons. 227. col. 3. & 4. vol. 1.* Petra, *de fideicõ. quaest. 1. num. 21.* Y la testadora por todo el discurso de la clausula no parece auer dicho, que prohibia la enagenacion, porque los bienes no saliessen de la familia, lo que dixo fue, *que no se puedan vender, ni enagenar,*

nar, ni permutar, ſino que en ellos eſtè y permanezca la dicha memoria, ſo pena que lo que en contrario ſe hiziere ſea en ſi ninguno, y de ningun valor y efeto, y por el miſmo fecho quede aprouada y reualidada eſta clauſula, y obligados los bienes a la dicha memoria. De modo, que el final motiuo de prohibir la enagenacion de los bienes, no fue en fauor de los de ſu familia, ſino de la memoria de Miſſas, y de la cera para el SS. Sacramento.

81 ¶ Y eſta cauſa de memoria de Miſſas, o aniuerſario, no cōſtituye vinculo, ni fideicomiſſo perpetuo, vt perpendimus ſup. num. & tradunt communiter DD. ex *l. nihil proponi, ff. de legat.* 1.

82 ¶ Denique, porque la teſtadora deſpues de la prohibicion, concedio licencia a doña Leonor de enagenar los bienes de el fideicomiſſo, con que fue viſto alçar la prohibicion y ſus efetos; prout reſoluit in proprijs terminis Tiber. Deci. *conſ.* 35. *lib.* 3 *num.* 5. vbi ita ſcripſit: *Si ergo conceſsio alienationis primo loco ſit facta, & poſtea fideicommiſſum, videbitur conceſsioni per fideicommiſſum derogatum; ſic ècontra, ſi fideicommiſſum ſequatur alienationis conceſsio, hæc conceſsio intelligitur facta ad derogationem fideicommiſsi, &c.*

83 ¶ Ex quibus patet, que todas las congeturas que ſe ponderan por la parte contraria no ſon ſuficiētes para induzir fideicomiſſo y vinculo perpetuo in occurrenti caſus ſpecie.

84 ¶ Y ſi ſe replicare, que quando cada vna de las dichas congeturas nofuera baſtante por ſi ſola para induzir fideicomiſſo perpetuo; todas juntas, ſiēdo tantas, ayudandoſe vnas a otras, conſtituyen vna vrgentiſsima, de que la teſtadora quiſo dexar los bienes ſugetos a vinculo perpetuo, vt ratiocinantur in terminis D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 42. & D. Caſtill. *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 24.

85 ¶ Reſpondemos, que quando cōfeſſaſſemos que doña Maria quiſo hazer vinculo, no fue perpetuo y abſoluto, ſino temporal y limitado a los expreſſamente llamados, y eſpecialmente en los deſcendiētes de doña Maria de Villafañe: porque como ay agnacion reſtringida a grados, vt docet D. Molin. *lib.* 1.

cap.5. num.37. & lib.3. cap.5. num.20. & 50. Surd. *cons.316.num.14.vol.3.* ay vinculo limitado a grados y personas, respeto de los quales tan solamente es visto auerle querido constituir, que se puede hazer en esta forma, ex expresso text. *in l.27.Taur.* ibi: *O por el tiempo que el testador declarare.* Y de lo que latamente queda fundado bien se percibe, que fue desta calidad el que instituyò doña Maria. Y assi, o por auer premuerto todos los expressamente llamados, o por auerle concedido la testadora licencia de disponer de los bienes a doña Leonor, pudiera no solo grauarlos (como lo hizo) sino enagenarlos. Quæ sint dicta. Salua, &c.

¶ Aunque al principio protestè breuedad, la prolixidad de la clausula, y las muchas objeciones contrarias, han ocasionado la larguèza deste papel, si biẽ siendo inescusables los fundamentos referidos, puedo dezir con Marcial.

Non sunt longa, quibus nihil est, quod demere possis.

Y con Quintiliano, *lib.4. institū. orator. cap.2.*

Nos breuitatem in eo ponimus, non vt minus, sed ne plus dicatur quam oportet.

Lic. Herrera. *Lic. Verdejo*

Pareja. *Carbajal.*